

Stato e mercato nella disciplina giuridica del “governo dell’economia sostenibile”

di Benedetta Celati*

11 maggio 2021

Sommario: 1. La diade Stato-Mercato nell’analisi del giurista: premessa e obiettivi dell’indagine. – 1.2. Profili metodologici ed epistemologici del diritto che “studia” l’economia. – 2. L’apporto della teoria critica. – 3. La programmazione economica tra ri-politicizzazione e sperimentalismo. 3.1. Il ruolo della sostenibilità come leva dello sviluppo. – 4. Verso un nuovo modello istituzionale di intervento pubblico nell’economia?

1. La diade Stato-Mercato nell’analisi del giurista: premessa e obiettivi dell’indagine

È possibile affermare che, ormai da tempo, nella definizione della relazione tra Stato e mercato, tradizionalmente strutturata come una diade basata sull’oscillazione tra opposizioni e alleanze, e dunque sulla perpetua ricerca di equilibri ontologicamente instabili, la variabile del rischio sia divenuta un elemento di ineludibile riferimento per l’analisi del giurista.

Nell’attuale momento storico, i rischi globali¹, quali sono la crisi ecologica e la conseguente esplosione della crisi pandemica², ma anche la recessione economica³ che

* PhD in Diritto pubblico dell’economia e borsista di ricerca nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Pisa.

¹ Di grande attualità appaiono le riflessioni di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. it. di W. Privitera, C. Sandrelli, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, 1 ed., Roma, Carocci, 2000. L’A. sottolinea come nel mondo contemporaneo incertezza e rischio siano divenuti, progressivamente, gli elementi culturali dominanti.

² La crisi ecologica e climatica del pianeta, la perdita di biodiversità, nonché la deforestazione, avrebbero, infatti, favorito, per esigenze di sviluppo dell’economia, la c.d. zoonosi (fenomeno per cui le malattie sono trasmesse dagli animali all’uomo), avvicinando in maniera esiziale la specie umana alle specie selvatiche. Cfr. il rapporto Onu intitolato: *Preventing the next pandemic: Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission. A Scientific Assessment with Key Messages for Policy-Makers. A Special Volume of UNEP’s Frontiers Report Series*, 6 luglio 2020. La crisi ecologica si lega poi anche alla crisi migratoria, essendo causa del fenomeno delle migrazioni climatiche, ovvero degli spostamenti indotti dai cambiamenti improvvisi o progressivi dell’ambiente che influiscono negativamente sulle condizioni di vita delle persone.

³ Sul tema si rinvia a M. PASSALACQUA, *Il diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012. Sulla crisi finanziaria del 2007/2008, anche nota come

alle prime si lega inestricabilmente, costituiscono, infatti, la realtà con cui la grammatica del diritto si trova a dover dialogare.

I pericoli corsi dall'umanità sono stati, del resto, gradualmente posti al centro di una rappresentazione sociale che ha permesso, in primo luogo, di acquisirne consapevolezza e poi di attribuire ai medesimi anche una consistenza politica. Il manifestarsi delle problematiche ambientali come questioni pubbliche ha comportato, più specificamente, la formazione di una coscienza collettiva sui fenomeni critici caratterizzanti il rapporto tra natura e società⁴, che ha inevitabilmente permeato anche gli interventi del legislatore.

Con riguardo, in particolare, al tema dei cambiamenti climatici, ciò è avvenuto mediante l'accresciuta importanza accordata dalle istituzioni internazionali ed europee, e di conseguenza dai governi dei singoli paesi, ai rapporti dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (Ipcc)⁵, atti a fornire indicazioni ai decisori politici al fine di contenere l'aumento della temperatura mondiale al di sotto di una certa soglia rispetto al livello preindustrializzazione⁶.

L'«intrusione di Gaia»⁷ ha pertanto, cessato di essere un problema di esclusivo interesse delle scienze naturali, catalizzando l'attenzione anche di chi si occupa della disciplina dei fenomeni sociali, e dunque del diritto, in quanto lente che permette di inquadrare e ricomporre le varie declinazioni della crisi della modernità per come la conosciamo.

Il disvelamento di una tale compenetrazione di piani costituisce altresì il motivo per cui i valori dominanti della contemporaneità sarebbero diventati, al posto del

“Grande recessione”, cfr. F. CAPRIGLIONE, A. TROISI, *L'ordinamento finanziario dell'UE dopo la crisi. La difficile conquista di una dimensione europea*, Torino, Utet giuridica, 2014; G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemica*, Padova, Cedam, 2012; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 1, 2009, pp. 45 e ss.

⁴ In particolare, è a partire dal 1972, con la nota Conferenza di Stoccolma e l'avvio del Programma ambientale delle Nazioni Unite (Unep) – fondamentali tappe in vista dell'istituzione della Commissione mondiale Brundtland per l'ambiente nel 1983 – che si instaura un vero e proprio dibattito politico oltre che accademico sulla necessità di conciliare protezione dell'ambiente e dell'ecosistema e crescita economica.

⁵ Il *Panel*, formato da scienziati di tutti i paesi che si occupano delle varie discipline rilevanti per il fenomeno del cambiamento climatico, è stato istituito nel 1998 dallo *United Nations Environment Programme* (Unep) e dall'organizzazione metrologica mondiale (Wmo), con il compito di produrre, periodicamente, un rapporto scientifico sulle conoscenze acquisite sul cambiamento climatico e sugli scenari futuri. Il primo rapporto risale al 1990. I singoli rapporti sono consultabili sul sito web www.ipcc.ch.

⁶ La Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, dell'11 dicembre 2019, COM(2019) 640 final, fa esplicito riferimento ai dati contenuti nella relazione speciale sull'impatto di un aumento del riscaldamento globale di 1,5 °C, pubblicata nell'ottobre 2018 dall'Ipcc.

⁷ Locuzione coniata dalla chimica e filosofa della scienza Isabelle Stengers per indicare le derive problematiche e catastrofistiche di una natura sempre più suscettibile e “scontenta” a causa delle aggressioni antropiche. Cfr. I. STENGERS, *Au temps des catastrophes. Résister à la barbarie qui vient*, Paris, La Découverte, 2009. Sul tema si veda anche B. LATOUR, *La sfida di Gaia. Il nuovo regime climatico* (trad. it. di D. Caristina), Milano, Meltemi, 2020.

mercato e della concorrenza, come ben evidenziato da illustre dottrina, lo sviluppo e l'ambiente.

Per comprendere l'importanza di questo avvicendamento nonché la rilevanza assunta della nuova coppia logica che è andata così delineandosi, occorre chiamare in causa due concetti dotati di un significativo valore euristico e metagiuridico: la «razionalizzazione» e la «politicizzazione».

Per quanto attiene al primo, a venire in rilievo è il ben noto pensiero weberiano secondo il quale attraverso la razionalità strumentale⁸, ovvero l'agire orientato al fine, l'incertezza può essere controllata (*recte*: calcolata) e governata. Un siffatto "dominio" della ragione, sul quale si fonda il "moderno" sistema capitalistico, è altresì alla base di del c.d. «disincantamento del mondo»⁹, dovuto al fatto che la scienza opera un'«intellettualizzazione» dei fenomeni naturali, fornendone una spiegazione razionale ma al contempo privandoli della loro "sacralità" intrinseca. È nel riconoscimento di questo limite che s'impone l'esigenza di «politicizzazione», intesa come istanza di risignificazione, come un'operazione volta cioè a restituire un senso alla realtà, facendo leva sul sistema dei valori e incidendo sugli aspetti redistributivi oltre che allocativi delle risorse.

L'ingresso, seppur tardivo e non sempre efficace, come pare plasticamente dimostrare l'esplosione della pandemia tuttora in corso, dei rischi globali all'interno delle agende politiche europee e nazionali rappresenta uno dei diversi precipitati di un simile processo di riconfigurazione valoriale delle questioni complesse fatte emergere dalla scienza. Si tratta di un'impostazione che chiama in causa il ruolo attivo dello Stato e, come vedremo, dell'intervento pubblico nell'economia.

All'interno della tensione tra i due estremi della razionalizzazione e della politicizzazione¹⁰ il diritto sembra allora ritrovare un proprio ruolo ordinante, non solo

⁸ Il riferimento è alla nota distinzione weberiana tra razionalità rispetto allo scopo e razionalità rispetto al valore: «Agisce in maniera puramente razionale rispetto al valore colui che – senza riguardo per le conseguenze prevedibili – opera al servizio della propria convinzione relativa a ciò che ritiene essergli comandato dal dovere, dalla dignità, dalla bellezza, dal precetto religioso, dalla pietà o dall'importanza di una "causa" di qualsiasi specie. L'agire razionale rispetto al valore [...] è sempre un agire secondo "imperativi" o in conformità a "esigenze" che l'agente crede gli siano poste. [...] Agisce in maniera razionale rispetto allo scopo colui che orienta il suo agire in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, misurando razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze, ed infine anche i diversi scopi possibili in rapporto reciproco», M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen 1922, trad. it. *Economia e società*, vol. I, Milano, Edizioni di Comunità, 1995.

⁹ Cfr. M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, in *Geistige Arbeit als Beruf: Vier Vorträge vor dem Freistudentischen Bund, München und Leipzig*, Verlag von Duncker & Humblot, 1918, trad. it. di Helga Grünhoff, Pietro Rossi, Francesco Tuccari, *La scienza come professione; La politica come professione*, Torino, Einaudi, 2004.

¹⁰ Su questa tensione cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, cit., p. 32, il quale afferma: «Proprio le discussioni degli ultimi decenni, con l'intero arsenale degli argomenti contro la tecnica e l'industria ancora una volta ripreso e dispiegato, sono rimaste nella loro sostanza tecnocratiche e naturalistiche. Si esauriscono nella denuncia dei livelli di inquinamento nell'aria, nell'acqua e negli alimenti, e nel fornire dati sulla crescita della popolazione, sul consumo di energia, sul fabbisogno nutritivo, sulla carenza di materie prime ecc. Tutto ciò con grande fervore ed insistenza

quale baricentro della relazione tra Stato e mercato, nell'ottica dell'adeguamento alla crescente complessità del mondo e della società, ma anche come vettore e garante di una necessaria interpretazione assiologica delle evoluzioni in corso.

Ancor più rilevante è infatti la funzione che il diritto può svolgere con riferimento a quello che la dottrina sociologica definisce il problema dell'«irresponsabilità organizzata»¹¹, legato a varie espressioni di “de-politicizzazione” ingenerate dalla concezione del mercato come forma istituzionale avulsa dai rapporti sociali¹². Occorre invero prendere atto di come, al contrario, sia proprio la “natura” sociale¹³ di quest'ultimo a riportare al centro della scena la responsabilità, intesa come capacità di prendere decisioni, frutto di valutazioni collettive che incidono sugli assetti di interessi, superando, secondo logiche di complementarità (v. *infra* § 4), la concezione ancorata sulla mera regolazione “neutrale” del contesto di mercato¹⁴.

Il binomio ambiente-sviluppo si incunea in questa riflessione sul ruolo del diritto come argine alle derive della de-socializzazione dei rapporti economici nella misura in cui, essendo imperniato sull'idea di una sinergia virtuosa tra tutela ambientale e prosperità economica¹⁵, richiede l'adozione di una visione di tipo “normativo-prescrittivo”. In antitesi rispetto agli approcci riconducibili alla c.d. modernizzazione ecologica¹⁶, guidati dall'idea di una razionalità economica di per sé sufficiente a

monotematica, come se non ci fosse mai stato qualcuno – ad esempio un certo Max Weber – ad aver dimostrato, evidentemente invano, che, se non si tiene conto delle strutture sociali di potere e di distribuzione, delle burocrazie, delle norme e delle razionalità dominanti, tali discussioni sono o inconcludenti o assurde (probabilmente sono entrambe le cose). Silenziosamente si è insinuata un'interpretazione secondo la quale la modernità è ridotta al rapporto tra natura e tecnica in termini di vittima e carnefice. A questo modo di pensare (che è anche quello del movimento politico ecologista) rimangono necessariamente precluse, a causa del suo approccio, le dimensioni e le conseguenze sociali, culturali e politiche dei rischi della modernizzazione».

¹¹ *Ibidem*.

¹² Sul carattere politico-giuridico del mercato cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998. Con riguardo ai rapporti tra Stato e mercato, si veda L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di “transaction” di Commons*, in *Dir. pubb.*, fasc. 1, 2003, pp. 113 e ss. Un riferimento cardinale è poi rappresentato da K. POLANYI, *The Great Transformation. The Political and Economic Origins of Our Time*, New York-Toronto, Rinehart, 1944, trad. it. di R. Vigevani, *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 1974.

¹³ Sulla natura sociale del mercato si vedano in particolare le riflessioni di K. POLANYI, *op.cit.*

¹⁴ Sul tema della regolazione dei mercati, senza pretese di esaustività, cfr. M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 171 ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, p. 75; A. ZITO, voce *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 805 ss.; S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *op.cit.*, p. 12; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, fasc. 2, 2002, p. 266; N. RANGONE, voce *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5057 e ss.; M. DE BENEDETTO, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in *www.historiaetius.eu*, fasc. 9, 2016, pp. 1 e ss.; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2018, pp. 337 e ss.

¹⁵ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *RQDA*, fasc. 1, 2020, p. 65. Si veda anche G. LEMME, *L'art. 41 Cost. e il multiforme concetto di “utilità sociale”*, in ID. (a cura di) *Diritto ed economia del mercato*, Padova, Cedam, 2021, pp. 151-167.

¹⁶ Cfr. A. MACHIN, *Changing the story? The discourse of ecological modernisation in the European Union*, in *Environmental Politics*, fasc. 2, 2019, pp. 208-227.

garantire, attraverso le innovazioni tecnologiche provocate dall'esistenza di mercati adeguatamente competitivi, la soluzione dei problemi ambientali, si profila infatti la necessità di indirizzare in senso conformativo le attività economiche in modo da renderle coerenti con l'obiettivo della transizione ecologica. Quest'ultimo concetto risulta, pertanto, caratterizzato da una normatività intrinseca, non solo perché disciplinato dal diritto positivo, ma soprattutto perché capace di "ispirare" direttive e raccomandazioni per la prassi, ovvero di orientare i comportamenti e le azioni degli attori del sistema¹⁷.

Il giurista che si occupa di analizzare la "diade Stato-mercato", dunque, si confronta oggi con nuovi scenari nei quali la razionalità ecologica attraversa gli schemi valoriali individuali e collettivi riabilitando la possibilità di concepire interventi finalisticamente orientati.

La programmazione economica, nella sua veste di «disegno ordinato» e razionale «delle condotte future»¹⁸ in vista del raggiungimento di determinati obiettivi di sistema, dopo un lungo periodo di occultamento e di obliterazione, ritorna, così, ad acquisire una propria centralità addivenendo, altresì, strumento principe per l'avanzamento del processo di integrazione europea, in un contesto caratterizzato, fin dalle origini, da evoluzioni che procedono lungo il crinale della "governance sperimentalista"¹⁹ e dei cambiamenti istituzionali "interstiziali"²⁰.

Sembrano pertanto ravvisabili i tratti di un nuovo governo dell'economia che legittima l'intervento statale come espressione di una funzione pubblica di coordinamento e indirizzo necessaria per rispondere a esigenze di lungo periodo, alimentate dalla proiezione verso un orizzonte dinamico e in divenire.

La linea più generale che ci pare potersi tracciare, e che andremo a esplorare, è quella di una ridefinizione degli ordini di primazia nell'ambito delle scienze sociali, laddove, anche grazie alla rinnovata importanza attribuita al ruolo dei pubblici poteri nella transizione verso un sistema più sostenibile, si determini un'inversione dell'ormai consolidata tendenza all'ancillarità delle regole del diritto nei confronti delle regole del mercato²¹.

Alla luce di un simile inquadramento, nel contributo si cercheranno di indagare le evoluzioni, sinteticamente tratteggiate, della relazione tra Stato e mercato, nell'ottica

¹⁷ Sul ruolo della transizione ecologica come fattore che pone al centro i poteri pubblici, dando a essi una rinnovata legittimazione giuridica e sociale ad orientare, supportare ed eventualmente imporre nuovi modelli si veda E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, in *Conc. Merc.*, n. 26-27, 2019/2020, p. 203.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 293.

¹⁹ Su cui C.F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, in *European Law Journal*, fasc. 3, 2008, pp. 271-327.

²⁰ Con il concetto di *interstitial institutional change* si intende quel processo di modifica delle regole dei Trattati che avviene in via di prassi, prima ancora che attraverso una vera e propria revisione dei medesimi, cfr. H. FARRELL, A. HÉRITIER, *Introduction: Contested Competences in Europe: Incomplete Contracts and Interstitial Institutional Change*, in *West. Eur. Polit.*, fasc. 2, 2007, pp. 227 e ss.

²¹ Sul tema A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, edizione ebook.

della determinazione prospettica di un modello regolatorio pubblico che vede nel concetto di sostenibilità una sintesi tra la razionalità e la "politicità", quali anime immanenti di quel grande progetto, prima di tutto di società, che è l'Unione europea.

1.2. Profili metodologici ed epistemologici del diritto che "studia" l'economia

Il diritto che "studia" l'economia e le sue trasformazioni può essere così interpretato quale strumento flessibile, che si adatta ai mutamenti perché sensibile all'influenza di logiche funzionali e fattuali (v. *infra*, par 3), ma anche come fattore, esso stesso, di cambiamenti sociali²². In quest'opera di adeguamento biunivoco, il giurista è tenuto a compiere uno sforzo continuo di comprensione della complessità, per evitare che la stessa si trasformi, altrimenti, in confusione.

La difficoltà insita in una tale "educazione" al pensiero complesso richiede di sviluppare una riflessione involgente profili sia epistemologici – legati ai fondamenti teorici di ciò che si analizza, concernendo l'oggetto della propria conoscenza – sia metodologici – attinenti al come si procede –.

La prospettiva che ci sembra necessario adottare per condurre un siffatto ragionamento è quella di considerare la scienza giuridica quale scienza sociale, presupposto in forza del quale si fa ricorso a una terminologia volutamente ampia, che a sua volta riflette la scelta "ermeneutica" descritta. Si tratta invero di una duplice "apertura", terminologica e disciplinare, riguardante l'inquadramento del diritto in generale, secondo la nota impostazione seguita dai giuristi che, nell'ambito del c.d. istituzionalismo giuridico²³, hanno sviluppato il loro pensiero proprio a partire dalla relazione tra il diritto e la società, fondandosi sull'assunto che le norme giuridiche debbano sempre essere analizzate all'interno della loro interazione con l'organizzazione sociale.

Questa lettura ben si attaglia a quella parte della scienza giuridica che si interessa della disciplina dei fatti economici o meglio dei rapporti giuridici a contenuto economico, contraddistinta, nel suo operare, da un approccio geneticamente interdisciplinare²⁴. Un'altra caratteristica fondante del c.d. "diritto dell'economia", che lo rende adatto alla visione ampia di cui si è fatta menzione, è che si sviluppa scientificamente a partire dalla insorgenza di "fenomeni" che impattano sul sistema giuridico.

²² Cfr. M. RABITTI, *Il Diritto dei consumatori*, in G. LEMME (a cura di), *op.cit.*, pp. 339-371.

²³ Il riferimento è Maurice Hauriou e Léon Duguit, padri dell'istituzionalismo giuridico insieme a Santi Romano. Cfr. M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, Giuffrè, 1967; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 1977.

²⁴ Cfr. G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 12 aprile 2017; ID., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2017.

Tale materia si costruisce, infatti, in reazione all'emersione di fatti sociali, quali sono gli specifici assetti assunti dal sistema economico e le risposte via via declinantesi dell'intervento pubblico, secondo i noti schemi del finalismo-dirigismo o della mera regolazione economica (con correlate "fughe" verso il pubblico o il privato). Come del resto affermato da attenta dottrina, sulla base di una concezione incentrata sulla separazione dello studio degli istituti giuridici da quello delle istituzioni, la definizione (conformante) delle regole del gioco, in questo contesto, coinciderebbe con «un complesso effetto di interazioni esogene ed endogene alle istituzioni rilevanti per l'economia»²⁵.

Per fare un esempio che si collega, come avremo modo di chiarire in seguito, al tema del *Green Deal* e del rinato interventismo che si va configurando in Europa, anche le "crisi" sono un fatto sociale, dotato di specifica rilevanza giuridica, che attraversa e condiziona esogenicamente la scienza giuridica e in particolare il diritto che "studia" l'economia.

Se, infatti, insigne giurista affermava che: «Ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato»²⁶, possiamo altresì asserire che ogni crisi economica spinge lo studioso del diritto dell'economia alla disamina del ruolo dello Stato nel sistema economico.

Da tale assunto muove del resto la possibilità, indagata in dottrina, dell'esistenza di un "diritto «delle» crisi" contrapposto all'ipotesi, sempre di origine dottrinarica, di un autonomo "diritto dell'emergenza". In forza di questa interpretazione, viene evidenziato come la nuova crisi in corso potrebbe essere l'occasione per l'ordinamento europeo di generare un "diritto «della» crisi" chiamato a comporre quello che rappresenterebbe uno «spazio giuridico irrisolto»²⁷. L'evento critico assumerebbe, insomma, una peculiare valenza euristica, in quanto fenomeno sociale che influenza il diritto e le istituzioni.

Nel caso specifico, il fulcro dell'analisi è rappresentato dall'interazione tra i fatti – *id est* la pandemia e le sue molteplici esternalità sociali ed economiche – e le risposte offerte dalla scienza giuridica.

Più in generale, è possibile osservare che il giurista si trova a dover ragionare sulla possibilità di identificare talune regolarità all'interno della relazione tra Stato e

²⁵ «In questo senso, ad esempio, le regole di funzionamento del mercato sono effetto di un sistema di interazioni e di retroazioni tra normative esogene – poste dallo Stato e da altri pubblici poteri – norme endogene – strutturali e di comportamento – poste dalle Autorità di controllo e/o dal giudice». Cfr. G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, cit. L'A. opera un distinguo dalla tradizionale teoria istituzionalista del diritto di Santi Romano, distaccandosi da una visione "organicistica" delle istituzioni.

²⁶ S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 696 e ss.

²⁷ Cfr. M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, in *Concorrenza e Mercato*, n. 26/27, 2020, pp. 93-129. Sul tema si veda anche S. CASSESE, *L'Europa vive di crisi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2016, pp. 779 e ss.

mercato, alla luce di assetti giuridico-istituzionali contraddistinti da equilibri in via di perpetua ridefinizione.

Si tratta di un approccio che, con qualche licenza creativa, riporta alla mente le idee espresse da Italo Calvino nelle sue Lezioni americane. Nel volume, e in particolare nella conferenza sulla molteplicità²⁸, lo scrittore riflette sull'epistemologia riferendosi alla produzione letteraria di Carlo Emilio Gadda, che sarebbe caratterizzata dalla difficoltà di porre dei confini²⁹ e dalla consapevolezza che «conoscere è inserire alcunché nel reale; è, quindi, deformare il reale». A venire richiamato è il rapporto tra oggettività e soggettività nell'opera di studio e di analisi della realtà, che accompagna il lavoro di ricerca³⁰.

Ma Calvino, nella stessa conferenza, si riferisce al processo conoscitivo anche evocando Proust, nella cui "*Recherche*" il mondo si dilata fino a diventare inafferrabile: la conoscenza passa dunque attraverso la sofferenza di questa inafferrabilità.

La digressione ha un senso nella misura in cui, pensando alla necessità di studiare un fenomeno di tipo economico e di interpretarlo con le lenti del diritto, riteniamo che vi sia da parte della scienza giuridica l'esigenza di cogliere una sfida, quella che lo scrittore individuava per la letteratura, ovvero, «il saper tessere insieme i diversi saperi e i diversi codici in una visione plurima, sfaccettata del mondo»³¹.

Ed è pertanto possibile sostenere, sempre mutuando il pensiero di Calvino, che, alla luce di una tale difficoltà, la pluralità dei linguaggi, sul piano metodologico, «può essere garanzia d'una verità non parziale».

Tornando così alla riflessione sulle questioni epistemologiche (legate alla costruzione di un armamentario concettuale) e metodologiche utili per affrontare una disamina dei rapporti tra Stato e mercato nelle fasi di transizione, considerato, come abbiamo illustrato, che la stessa fa leva su un diritto che più di altri dipende, in senso sia adattivo sia predittivo³², dal contesto storico e tematico di riferimento, viene in luce

²⁸ I. CALVINO, *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio* (Oscar opere di Italo Calvino Vol. 7), Milano, Mondadori, Edizione del Kindle, pp. 139-140.

²⁹ Al quale sarebbe accostabile il modello della fiamma, dello sviluppo disordinato e imprevedibile (ogni dato, per Gadda, costituisce un sistema, da cui l'idea del mondo costituito di "sistemi di sistemi"), contrapposto a quello del cristallo, che invece caratterizzerebbe la produzione letteraria di Italo Calvino. Cfr. S. NICCOLAI, *Il «sistema del mondo»: Calvino e l'eredità di Gadda*, in *Italianistica: Rivista di letteratura italiana*, fasc. 3, 2005, pp. 29-43.

³⁰ Sottolinea Calvino che questa consapevolezza matura in Gadda «prima ancora che la scienza avesse ufficialmente riconosciuto il principio in base al quale l'osservazione interviene a modificare in qualche modo il fenomeno osservato». «Il saggio critico fondamentale sulla epistemologia implicita nella scrittura di Gadda (Gian Carlo Roscioni, *La disarmonia prestabilita*, Einaudi, Torino 1969) si apre con un'analisi di quelle cinque pagine sui gioielli. Partendo di là, Roscioni spiega come per Gadda questa conoscenza delle cose in quanto "infinite relazioni, passate e future, reali o possibili, che in esse convergono" esige che tutto sia esattamente nominato, descritto, ubicato nello spazio e nel tempo. Ciò avviene mediante lo sfruttamento del potenziale semantico delle parole, di tutta la varietà di forme verbali e sintattiche con le loro connotazioni e coloriture e gli effetti il più delle volte comici che il loro accostamento comporta», I. CALVINO, *Lezioni americane: Sei proposte per il prossimo millennio*, op.cit.

³¹ *Ivi*, p. 144.

³² Cfr. G. GUARINO, *È proponibile una scienza giuridica predittiva ?*, in *Rivista di diritto pubblico e scienze politiche*, fasc. 3-4, 1995, pp. 413-423.

la necessità di preconstituire gli strumenti per saper leggere e interpretare una simile complessità (anche normativa) sistematizzandola.

Si pone, più specificamente, la questione della contaminazione dell'indagine giuridica con altre metodologie di ricerca. Non necessariamente deve derivarvi una *reductio ad unum*, quanto semmai una multi-disciplinarietà, che si presta altresì a dare luogo a una epistemologia che potremmo definire di risulta, frutto cioè di quelle collaborazioni tra i saperi, che divengono trans-disciplinari³³, perché ricomposti in maniera mutamente vantaggiosa.

Il tema appare peraltro di urgente attualità anche avendo riguardo alla crescente importanza delle *life sciences*, sia per la comprensione delle questioni climatiche, sia per la correlata crisi pandemica. Si tratta di una rilevanza che può portare a rivedere il rapporto fondato sulla antitesi tra nominalismo ed essenzialismo nel metodo delle scienze della natura e delle scienze sociali³⁴.

Questa riflessione si riflette poi anche all'interno del diritto medesimo, con l'idea che gli istituti giuridici siano necessariamente soggetti, essi stessi, a influenze esterne e ibridazioni³⁵. Si può fare in questo senso l'esempio del c.d. «contratto ecologico», descritto dalla dottrina giuscivilistica³⁶ come un vero e proprio «mutamento di paradigma» in materia contrattuale, dove l'interesse ambientale diviene un limite interno all'autonomia negoziale. Si può altresì pensare al diritto contrattuale regolatorio, disegnato dal diritto di matrice europea quale modello nel quale il contratto subisce un orientamento conformativo verso il conseguimento di obiettivi generali altri rispetto al mero interesse egoistico delle parti³⁷.

2. L'apporto della teoria critica

³³ Come sottolineato da A. GAMBARO, *Un esempio di integrazione tra saperi positivi*, in M. PASSALACQUA, B. POZZO (a cura di), *Diritto e rigenerazione dei Brownfields. Amministrazione, obblighi civilistici, tutele*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. XXI-XXVI: «La prospettiva oggi più accreditata nelle scienze sociali assume infatti che un problema collocabile nella realtà delle interazioni umane che siano in qualche modo misurabili, può essere cognitivamente affrontato solo facendo convergere su di esso molteplici metodologie di analisi ciascuna delle quali è stata messa a punto in seno alle quasi infinite specializzazioni dipartite dal ceppo della *scientia juris* e della *philosophia naturalis* negli ultimi tre secoli».

³⁴ K.R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, Routledge, London 1945, trad. di R. Pavetto *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, Armando Editore, 1973.

³⁵ Come sottolineato da A. GAMBARO, *op. cit.*, la proprietà ed il contratto sarebbero istituti giuridici plurali, proprio perché si presentano concretamente conformati per tipi da una amplissima serie di norme che concorrono a indirizzare le condotte dei titolari dei diritti soggettivi verso scopi selezionati.

³⁶ M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rassegna di diritto civile*, fasc. 4, 2016, pp. 1291-1323.

³⁷ Cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2017. Si veda anche R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2020, pp. 134-146.

La contaminazione metodologica³⁸, che, secondo l'inquadramento proposto, costituirebbe un tratto caratterizzante del diritto che "studia" l'economia, comporta molteplici conseguenze.

Nel condurre una tale operazione intellettuale, emerge, in particolare, l'importanza del "sapersi collocare" al fine di trovare le lenti giuste per leggere i fenomeni analizzati. Appare cioè fondamentale decidere in quale ottica si intendono esaminare i fatti, adottando quella che si definisce, nel lessico (ampio) delle scienze sociali, un'impostazione normativa basata sulla selezione critica delle letture di riferimento. Un simile ragionamento metodologico si accompagna, infatti, alla complementare riflessione sul necessario sviluppo di un approccio c.d. critico.

Le analisi critiche, in particolare, sono quelle che ricorrono soprattutto nelle scienze sociali diverse dal diritto³⁹, ma divengono estremamente interessanti nell'ambito di una indagine che concerne il rapporto tra Stato e mercato.

Per offrire una migliore comprensione di quanto affermato, possiamo evocare, segnatamente, il controverso concetto di "neoliberalismo", rispetto al quale la scienza giuridica si mostra come un campo del sapere poco incline a una analisi critica⁴⁰. Questo termine chiama subito in causa gli studi di Michel Foucault⁴¹ ma anche, l'ordoliberalismo della scuola di Friburgo, che in tanti aspetti influenza il diritto. Entrambe le correnti di pensiero (la seconda costituirebbe una variante specifica della prima) costituiscono, infatti, degli importanti capisaldi per capire l'ideale di «economia sociale di mercato» messo al centro della costruzione europea dall'art. 3 TUE, modello su cui si fonda una scelta costituzionale operata, come noto, per richiamare l'ordinamento europeo a doveri di socialità⁴².

Il cardine teorico di un siffatto approccio "normativo" (perché finalizzato al raggiungimento di determinati obiettivi), criticamente analizzato, è rappresentato

³⁸ Sul tema, con riferimento al diritto processuale amministrativo, S. VALAGUZZA, *La contaminazione come metodo di conoscenza per la scienza giuridica. una sperimentazione a partire dal diritto processuale*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 4, 2019, pp. 1285 e ss. Sulla contaminazione metodologica, realizzata mediante lo sviluppo di discipline ibride di *social sciences*, riflette criticamente anche A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, op.cit.

³⁹ Il riferimento è al concetto di teoria critica elaborato dalla Scuola di Francoforte.

⁴⁰ Sottolinea a tal proposito F. DENOZZA, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberalismo*, in *Moneta e Credito*, n. 72, 2019, pp. 327-348: «È un po' come se la categoria del neoliberalismo, ampiamente utilizzata in politica, economia, ecc., si fosse fermata per il diritto ai contenuti (liberalizzazioni, smantellamento dello stato sociale, ecc.) e non avesse inciso invece sulla struttura».

⁴¹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Gallimard Seuil, 2004. Foucault, nelle sue lezioni al *Collège de France*, analizza in particolare la rinascita economica della Germania dopo la Seconda Guerra Mondiale e i legami tra socialismo tedesco e governamentalità neoliberale, osservando come, secondo tale impostazione, lo Stato sia ritenuto dover fare propria la logica del mercato e intervenire, in conseguenza, in funzione sostanzialmente servente di quest'ultimo. Cfr. anche E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, op.cit., pp. 124 e ss.

⁴² F. DENOZZA, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberalismo*, cit., pp. 327-348; G. LUCHENA, *Economia sociale di mercato*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, fasc. 1, 2020, pp. 81-105.

dall'assolutizzazione dell'*homo oeconomicus*, ovvero del paradigma della razionalità strumentale (v. *supra* § 1)⁴³. Nel pensiero neoliberale, viene infatti enfatizzato il profilo della libertà di scelta, ricostruita su un modello di comportamento di mercato esteso foucaultianamente a tutte le situazioni e a tutti i rapporti sociali. Del diritto viene così proposta, in questa visione normativa, «l'immagine di un ordine potenzialmente *non politico*». Interessante è a tal proposito l'analisi compiuta da illustre dottrina giuridica sull'evoluzione tra il sistema liberale classico e quello neoliberale, dove il mercato è un'occasione di massimizzazione e dove la realizzazione del *public good* viene a dipendere dal successo delle singole transazioni massimizzanti. In questi studi, proprio sottolineando la ritrosia che sembra emergere nell'utilizzare anche in ambito giuridico la categoria del neoliberalismo, che tanto (pur controverso) successo ha avuto nell'ambito di altre discipline, si ricorre emblematicamente alla locuzione «stile giuridico neoliberale», che si sarebbe affermato negli ultimi (più o meno quattro) decenni sia nella produzione e nell'applicazione delle norme, sia nell'elaborazione (giuridica) teorica⁴⁴. Per maturare questa impostazione, che si basa sull'impostazione critica, viene analizzata la realtà della legislazione e del pensiero giuridico contemporaneo⁴⁵. A partire dall'idea di un collegamento tra trasformazione giuridica ed evoluzione economica, viene messo in evidenza come quest'ultima si riverberi appunto nella scienza giuridica, che sarebbe influenzata, in questo caso, dalla tecnicizzazione massimizzante.

Tale suggestione relativa al continuo movimento di adattamento tra diritto ed economia (*recte*: tra sistema giuridico e sistema economico) è peraltro propria anche della riflessione sviluppata da Norberto Bobbio sulla funzione promozionale del diritto⁴⁶ (alternativa alla funzione protettiva e a quella repressiva), nata dalla necessità di adeguare la teoria generale alle trasformazioni della società contemporanea, in connessione col passaggio dallo Stato "garantista" allo Stato "dirigista".

Affrontare l'analisi dei rapporti tra economia e diritto attraverso il prisma del pensiero critico permette inoltre di introdurre meglio il già menzionato approccio istituzionalista, che permea, con declinazioni chiaramente diverse, il diritto, l'economia (dove si lega alle visioni c.d. eterodosse), e la sociologia. Il concetto di istituzione è tipico, infatti, delle scienze sociali⁴⁷.

⁴³ A partire dalla nota definizione di Robbins dell'economia come scienza della scarsità, cfr. L. ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2nd edition, London, Macmillan, 1935.

⁴⁴ F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, vol. 2, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XV e ss.

⁴⁵ *Ibidem*. Gli "indici sintomatici" rilevati da Denozza sono: l'intensificazione della produzione di regole; la frammentazione dell'ordinamento e la moltiplicazione di ambiti governati da regole specifiche; la concorrenza sostituita dalla competitività.

⁴⁶ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 1313 e ss., ora in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Laterza, 2007, Edizione del Kindle.

⁴⁷ Si veda F. PALLANTE, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2008.

Il mercato e l'impresa, oggetto di studio del diritto dell'economia, sono interpretabili del resto come istituzioni economiche⁴⁸ o meglio il mercato può essere inquadrato come il prodotto delle istituzioni che lo regolano.

In tal senso, vale la pena ricordare la cardinale riflessione sviluppata dalla dottrina sul carattere politico-giuridico del mercato⁴⁹, in quanto *locus artificialis* creato e plasmato dal diritto, con il conseguente rifiuto di qualsiasi naturalismo economico⁵⁰.

Tale lettura si pone in netta distanza dallo stile giuridico neoliberale, frutto delle teorizzazioni del pensiero giuridico contemporaneo, a cui si riferisce l'analisi dottrinarica poc'anzi illustrata.

Occorre adesso tornare su quella nozione di "normativo", alla quale in precedenza si è fatto cenno per la sua rilevanza a fini metodologici, al fine di operare alcuni necessari distinguo.

Sul piano epistemologico, e sempre in un'ottica di disamina critica fondata sul concetto di contaminazione metodologica, è necessario sottolineare che in economia i lemmi "normativo" e "positivo" assumono una specifica connotazione. Questo ragionamento vale specificamente con riguardo all'economia c.d. *mainstream* e alla confusione che spesso soggiace all'idea di un approccio positivo che in realtà è soprattutto normativo.

Una lettura evocabile, in questo caso, per delineare una posizione che si intende contrastare attraverso la propria analisi, è il riferimento a un fondamentale articolo di Milton Friedman del 1953⁵¹, sulla questione del metodo in economia. Friedman, assumendo che la demarcazione fondativa della disciplina economica sia di occuparsi "di ciò che è" (approccio positivo) e non "di ciò che deve essere" (approccio normativo), invita a riconoscere l'esistenza di una scienza economica positiva distinta dall'economia politica (che si occupa dei fini). La prima sarebbe alla base anche della seconda, essendo capace di produrre le previsioni sulle quali si debbono fondare le proposte politiche.

Quella che viene sviluppata è l'idea della separazione tra i concetti oggettivi di analisi e i giudizi di valore. In realtà, un simile approccio è di per sé normativo, se letto con riferimento al diritto, solo che sottopone regole e istituti giuridici a una valutazione di efficienza e non di equità, fino all'estremo di portare allo sviluppo di tecniche di misurazione quantitativa dei sistemi giuridici. Si verifica in questo modo l'insorgenza di una prospettiva strettamente funzionalista con la quale viene letto il diritto, ancorata alla c.d. teoria delle *legal origins*, che si fonda sulla classificazione e quindi sulla

⁴⁸ G. DI GASPARE, *Oggetto e metodo del diritto dell'economia*, cit.

⁴⁹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, op.cit., 1998.

⁵⁰ N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2000, pp. 435 e ss. Per una visione opposta, cfr. F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, London, Routledge & Kegan Paul, 1973-1979; trad. it. di P.G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1986.

⁵¹ M. FRIEDMAN, *The methodology of positive economics*, in ID. (Eds), *Essays in positive economics*, Chicago, University of Chicago Press, 1953, pp. 2-43.

comparazione dei sistemi giuridici, in forza della loro capacità di migliorare l'efficienza complessiva del sistema economico. Si tratta di una impostazione che ha permeato il piano istituzionale attraverso, ad esempio, i rapporti *Doing business* della Banca Mondiale⁵².

Cercando di riportare nel diritto l'analisi sulla differenza tra approccio normativo e positivo in economia, dobbiamo certamente evidenziare l'esistenza di altre categorie di riferimento e dualismi. In particolare, a venire in rilievo sono le nozioni di prescrittivo e descrittivo (che corrispondono alla differenza tra normativo e positivo nella scienza economica) e l'antitesi tra una concezione strutturale (o sistematica) del diritto e una funzionale⁵³.

Come noto, nella scienza giuridica il termine "positivo" deriva etimologicamente dal latino: «ponere»: il diritto positivo sarebbe dunque «il diritto posto dagli uomini nella storicità del loro vivere»⁵⁴.

Insigne dottrina giuridica, analizzando il rapporto tra giusnaturalismo e giuspositivismo⁵⁵, ha formulato importanti riflessioni in merito alla relazione che lega i concetti di verità (valore) e di volontà⁵⁶, avanzando l'ipotesi che le norme giuridiche siano oggi contraddistinte da una mera "validità procedurale", corrispondendo la *ratio legis* al perché storico-politico delle stesse. Sebbene a dominare siano i valori procedurali, il diritto, secondo questa riflessione, continuerebbe purtuttavia a esprimere delle volontà di realizzare scopi, meritevoli di tutela, attraverso le norme. In questo senso, viene inferito che occorre mantenere salda la distinzione tra l'oggetto regolato – il capitalismo e la tecnica – e la regola ordinatrice.

Riportato sul piano dell'analisi della relazione tra Stato e mercato nelle fasi di transizione, un tale discorso può essere utilmente evocato per sottolineare la necessità di saper riconciliare, nell'ottica di una "ri-politicizzazione" della normatività giuridica, le questioni distributive, legate alle relazioni di potere e al perseguimento di obiettivi

⁵² Cfr. A. GAMBARO, *Misurare il diritto: sul ruolo e la funzione delle grandezze quantitative nel campo delle ricerche giuridiche*, in *Multiverso.it.*, fasc. 11, 2012, il quale sottolinea che le basi epistemologiche del pensiero economico c.d. *mainstream* sarebbero fragili, «come indica il nome stesso, che implica che larga parte degli adepti ad una data tradizione di ricerca prosegue nell'uso di un paradigma metodologico senza farsi carico di fornire risposte convincenti agli argomenti dei dissidenti e fondare così teoricamente un metodo». Si veda anche R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, fasc. 4, 2009, pp. 765-795.

⁵³ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, cit.

⁵⁴ E. SEVERINO, N. IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

⁵⁵ *Ibidem*. Sul positivismo giuridico, cfr. G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Dir. pubblico*, fasc. 2, 2017, pp. 605-640; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972.

⁵⁶ Quello che viene descritto come il rapporto tra «volontà di verità» e volontà normativa. Cfr. N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contr. impr.*, fasc. 2, 2000, pp. 665 e ss.

di equità e giustizia, con quelle allocative⁵⁷, tornando a fornire indicazioni di ordine valoriale nella disciplina dei rapporti economici.

3. La programmazione economica tra ri-politicizzazione e sperimentalismo

Come si inserisce dunque in tutto ciò, ovvero nell'impostazione critica sin qui delineata volta a disvelare gli aspetti normativi del rapporto tra diritto ed economia, la riflessione più propriamente giuridica? A partire dall'opportunità di riattivare la capacità regolatrice del diritto, ascrivendo a quest'ultimo la finalità fondamentale di coordinare le azioni in vista di obiettivi e scopi selezionati.

Sembra infatti emergere, proprio grazie a quel "diritto «della» crisi" in precedenza evocato, un rinnovato slancio verso la ricerca, nella crescente complessità sociale legata all'aumento dei rischi globali, non tanto di «equilibri "puntistico-reticolari", negoziali e contingenti» bensì «sistemici»⁵⁸, ovvero volti, riprendendo quanto già sottolineato, a coniugare l'esigenza della ripresa economica con la tutela ambientale, attraverso l'instaurazione di una relazione sinergica tra le due finalità.

Ciò starebbe avvenendo in controtendenza rispetto alla logica seguita in questi ultimi anni in materia di semplificazione amministrativa, ove, come bene evidenziato dalla dottrina, l'interesse ambientale avrebbe subito un'importante dequotazione, divenendo oggetto di un processo di contenimento dei livelli di tutela motivato dalla necessità di agevolare lo sviluppo economico⁵⁹.

La dimensione finalistica di tale interesse sembra oggi, invece, poter trovare una propria cruciale collocazione all'interno del processo di riprospettazione eurounitaria dei meccanismi di programmazione economica, mediante i quali i fenomeni naturali vengono ricongiunti, nei termini, già illustrati, al sistema dei valori.

⁵⁷ In quest'ottica rilevano anche le analisi del giurista francese Alain Supiot sul ruolo del diritto, definito «tecnica di umanizzazione della tecnica», e delle istituzioni coinvolte nell'umanizzazione dell'economia e del progresso, ovvero sulla necessità di intervenire sulla dimensione "feudale" insita nella «nostra cultura contrattuale», cfr. A. SUPIOT, *Homo Juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005. Sul punto cfr. L. PENNACCHI, *Il soggetto dell'economia. Dalla crisi a un nuovo modello di sviluppo*, Roma, Ediesse, 2015, pp. 210-211. Si veda anche M. DE CAROLIS, *Il neoliberalismo, la crisi e la rifeudalizzazione della società*, in *Politica e società*, fasc. 1, 2016, p. 83.

⁵⁸ Cfr. E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati*, in *Riv. giur. edil.*, fasc. 1, 2018, pp. 353 e ss.

⁵⁹ La semplificazione «da strumento di regolazione della complessità» sarebbe divenuta «strumento di regolazione della complicazione attraverso una riduzione della tutela di alcuni interessi», sul punto V. DI CAPUA, *Ambiente, complessità sistemica e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 2020. Sottolinea E. SCOTTI, *Semplificazioni ambientali tra politica e caos: la VIA e i procedimenti unificati*, cit., pp. 353 e ss., che si sarebbe verificato «un superamento dello statuto privilegiato dell'interesse ambientale, sempre più spesso parificato, nelle arene deliberative, agli altri interessi e, anzi, sottoposto ad un processo di contenimento dei livelli di tutela, per lo più indiretto, attraverso meccanismi di semplificazione».

Il legislatore europeo ha del resto iniziato già da tempo a promuovere la “sostenibilità” quale obiettivo verso il quale indirizzare e coordinare⁶⁰ il sistema economico⁶¹, prefigurando la progressiva realizzazione di un nuovo modello di sviluppo incentrato sul concetto di circolarità sistemica e sull’uso “rigenerativo” delle risorse⁶². La crisi pandemica e le decisioni prese per contrastarne gli effetti nefasti sul piano economico sembrano aver rafforzato e accelerato tale nuovo indirizzo.

La programmazione si erge dunque, in questo contesto, a strumento di sintesi e di bilanciamento delle opposte istanze che animano la complessità, controllando, al posto della tecnica, la razionalità finale delle scelte, orientate verso comuni obiettivi di riconversione ecologica del sistema economico.

La strategia di risposta pubblica al problema dei cambiamenti climatici (certamente inquadrabile come una grande esternalità negativa⁶³ ma non solo) costituisce il fulcro e il banco di prova di un tale rinnovato assetto programmatico degli equilibri di mercato. Sono proprio le politiche climatiche ed energetiche⁶⁴, infatti, il terreno sul quale la Commissione europea ha iniziato a sviluppare le linee di quella che può essere definita una “*governance* sperimentalista”, basata su processi iterativi di confronto con gli Stati membri⁶⁵ e modellata sulla necessità di regolare una relazione

⁶⁰ Ci si riferisce qui al concetto di programmazione come attività di indirizzo e coordinamento degli interessi socio-economici delle comunità e degli individui, su cui G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998.

⁶¹ Con riguardo alla penetrazione dell’obiettivo della sostenibilità nel settore dell’energia si veda E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *La transizione energetica e il winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati: atti del convegno AIDEN*, Milano, Wolters Kluwer, 2018.

⁶² In tal senso debbono leggersi gli atti normativi emanati in attuazione del Piano d’azione dell’Unione europea per l’economia circolare (COM(2015) 614 final), recentemente sostituito dal Nuovo piano d’azione per l’economia circolare per un’Europa più pulita e più competitiva (Comunicazione dell’11 marzo 2020, COM(2020) 98 final). Sul tema si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Il diritto dell’economia circolare e l’art. 41 Cost.*, cit., pp. 50 e ss. Si ricorda che il concetto di economia circolare inizia a venire valorizzato in Europa col Programma di azione ambientale del 2013 (c.d. Settimo Programma) intitolato «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea L354 del 28/12/2013.

⁶³ Per l’inquadramento dei cambiamenti climatici come il più grande esempio di fallimento del mercato mai esistito, Cfr. N.H. STERN, *The Economics of Climate Change: The Stern Review*, HM Treasury, 2006; ID., *Why Are We Waiting? The Logic, Urgency, and Promise of Tackling Climate Change*, Cambridge, Mit Press, 2015.

⁶⁴ Con riferimento alla *governance* regolatoria europea e nazionale dell’energia cfr. L. AMMANNATI, *L’«Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell’energia» e la costruzione del mercato unico dell’energia*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, fasc. 3-4, 2011, pp. 675 ss.; ID., *Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico*, in V. SALVATORE (a cura di), *Le Agenzie dell’Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Jean Monnet Centre of Pavia, Pavia, 2011, pp. 99 e ss.; A. CANEPA, *Reti europee in cammino*, Napoli, Jovene, 2010.

⁶⁵ Il concetto rinvia all’idea di una forma di *governance* imperniata su processi iterativi, architetture istituzionali multi-livello, *framework* che fissano target e metriche comuni, nonché procedure per valutare il raggiungimento degli obiettivi concordati dalle istituzioni europee e i governi nazionali, su cui A. PRONTERA, *Il PNIEC nella governance europea e nazionale*, in *Energia*, fasc. 2, 2020, pp. 66-71. La locuzione “*experimentalist governance*” è stata elaborata da C.F. SABEL, J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, cit., pp. 271-327.

tra Stato e mercato sempre più caratterizzata dalla variabile del rischio⁶⁶ (par 1). Segnatamente, il riferimento è ai Piani Nazionali Integrati Energia e Clima (PNIEC), strumenti di programmazione pluriennale elaborati per coordinare in senso orizzontale e verticale la materia energetica e climatica nel segno della decarbonizzazione⁶⁷. In continuità con un siffatto approccio, il *Green Deal* europeo⁶⁸ ha poi delineato una specifica traiettoria di tipo programmatico finalizzata a rafforzare l'ecosostenibilità dell'economia europea, ponendo in essere una serie di interventi che insistono prioritariamente sulle competenze degli Stati membri, in diversi ambiti, quali l'energia, l'industria (inclusa quella edilizia), la mobilità e l'agricoltura. La crisi pandemica ha infine avuto importanti riflessi sull'attuazione del nuovo programma d'azione verde della Commissione europea, incidendo in particolare sulle risorse finanziarie destinate a realizzarlo, nella misura in cui i finanziamenti previsti nell'ambito del Piano finanziario per la ripresa e la resilienza sono stati fatti convergere sulle priorità della doppia transizione – emblematicamente definita “gemella” – ecologica e digitale, per la promozione di una crescita sostenibile. L'obiettivo della neutralità climatica ha assunto così il ruolo di fondamentale asse su cui far ruotare tutte le iniziative europee, comprese quelle delineate per contenere le conseguenze negative della Pandemia di Covid-19.

Il processo di programmazione “iterativa” attuato con i PNIEC ne è uscito ulteriormente rafforzato, confermando la praticabilità di una logica già sperimentata col Semestre europeo⁶⁹, sulla quale si innesta oggi la necessità di imprimere una accelerazione nella transizione energetica e nelle politiche di adattamento ai cambiamenti climatici. Il *Green Deal* costituisce, infatti, in questo quadro, un fattore di decisiva ed efficace riunificazione di plurime azioni sotto l'unico grande “cappello” della sostenibilità, alla quale viene conferita consistenza ed effettività giuridica proprio mediante la ridefinizione delle procedure di coordinamento del Semestre europeo, avviato, dal 2019, dalla c.d. Strategia annuale di crescita sostenibile⁷⁰. Si compone così,

⁶⁶ In particolare, in questo contesto il riferimento è alla necessità di rispondere alle sfide della sicurezza energetica e della lotta al cambiamento climatico.

⁶⁷ Nell'ambito del c.d. «*Winter Package*» o «*Clean energy package*», il regolamento (UE) 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia disciplina lo strumento dei Piani nazionali integrati per l'energia e il clima (PNIEC), che coprono periodi di dieci anni a partire dal decennio 2021-2030. Attraverso i piani, ogni Stato membro è chiamato a contribuire al raggiungimento degli obiettivi comuni europei in materia di energia e di clima fissati per il 2030. Il Governo italiano ha inviato il proprio Piano nazionale alle Istituzioni europee a gennaio 2020, a seguito di una interlocuzione intercorsa con le istituzioni nazionali ed europee e di una consultazione pubblica.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione, dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final; si veda anche la Comunicazione, *Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, del 28 novembre 2018, COM(2018) 773 final, con la quale sono state gettate le basi per il nuovo corso “verde” dell'UE.

⁶⁹ Cfr. J. ZEITLIN, *EU experimentalist governance in times of crisis*, in *West European Politics*, fasc. 5, 2016, pp. 1073-1094.

⁷⁰ Si veda la Comunicazione della Commissione, *Strategia annuale di crescita sostenibile 2020*, del 17 dicembre 2019, {SWD(2019) 444 final}, ove la Commissione afferma: «il *Green Deal* europeo che fa

gradualmente e secondo meccanismi di progressiva sedimentazione di assetti istituzionali ingenerati dal “diritto «della» crisi”, una intelaiatura nella quale, come per una sorta di meccanismo di irradiazione, l’attività di *governance* economica della Commissione si espande e propaga verso politiche ulteriori, in forza di orientamenti che si consolidano proprio nelle fasi di emergenza. In tal senso, deve essere letta, infatti, la scelta di inserire lo strumento principe del *Recovery package*, il *Next Generation Eu*⁷¹ (e in particolare il c.d. *Recovery and Resilience Facility*)⁷², nel Semestre europeo, chiedendo agli Stati membri di presentare dei *Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza* conformi alle raccomandazioni specifiche per Paese, alla sostenibilità climatica, alle priorità di *policy* legate alla transizione verde e digitale⁷³ e ai contenuti del PNIEC.

La Commissione diviene pertanto organo oltre che di controllo anche e soprattutto di indirizzo⁷⁴, risultando capace di infondere, in via indiretta e attraverso processi reiterati di apprendimento⁷⁵, gli orientamenti europei nelle decisioni di politica economica degli Stati membri. Si delinea in questo modo un modello di sviluppo destinato a conformare, attraverso la programmazione pubblica⁷⁶, le scelte di produzione e consumo nazionali, col passaggio a quello che potrebbe definirsi un “governo dell’economia sostenibile” a guida europea.

Il diritto torna così a dettare scopi, orientando la tecnica, ovvero garantendo che le innovazioni – non solo quelle digitali riconducibili al concetto di Industria 4.0⁷⁷, ma anche l’economia circolare che permea i processi di produzione – restituiscano al mercato unico la funzione di mezzo per il raggiungimento di finalità sociali.

3.1. Il ruolo della sostenibilità come leva dello sviluppo

della sostenibilità – in tutte le accezioni del termine – e del benessere dei cittadini il punto cardine della nostra azione, è la nostra nuova strategia di crescita».

⁷¹ Il pacchetto per la ripresa economica dal Covid-19, il c.d. *Next Generation Eu*, evoca nel nome quel concetto di solidarietà diacronica che caratterizza la nozione giuridica dello sviluppo sostenibile.

⁷² Il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility*) è il programma di sostegno finanziario dell’Unione europea per rilanciare l’economia degli Stati membri attraverso azioni mirate e strategiche. Il finanziamento è elargito previa presentazione di Piani Nazionali per la Ripresa e la Resilienza, nei quali sono definiti programmi di riforme e investimenti che il singolo Stato si impegna a realizzare nel periodo 2021-2023. Si veda il regolamento (Ue) 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, adottato dal Consiglio il 12 febbraio 2021.

⁷³ Il regolamento (Ue) 2021/24 prevede che almeno il 37% della dotazione finanziaria del Piano per la Ripresa e la Resilienza sia destinato al sostegno della transizione verde, compresa la biodiversità, e almeno il 20% alla trasformazione digitale.

⁷⁴ Cfr. E. PAPARELLA, *Crisi da Covid-19 e Unione europea: cenni di cambiamento nel “discorso” della Commissione europea e “condizionalità utile”*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 6, 2020, pp. 151 e ss.

⁷⁵ J. ZEITLIN, *EU experimentalist governance in times of crisis*, cit., pp. 1073-1094.

⁷⁶ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza deve inoltre essere coerente con le informazioni contenute nei Programmi nazionali di riforma, nei Piani territoriali per una transizione giusta, nei Piani nazionali per l’attuazione della Garanzia Giovani e negli Accordi di partenariato.

⁷⁷ Su cui cfr. F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da Industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 2020, pp. 877 e ss.; A. TROISI, *La digitalizzazione del sistema industriale ed il piano Industria 4.0 in ambito UE*, in *Riv. trim. dir. econ.*, fasc. 3/1, 2020, pp. 488-512.

In un simile scenario si inserisce il rinnovato protagonismo della politica industriale⁷⁸, che, in ossequio alla lettera dei Trattati, nel rispondere a esigenze di interesse pubblico, deve sempre essere rispettosa della concorrenzialità dei mercati⁷⁹.

La sostenibilità climatica sembra infatti assurgere al rango di nuovo principio guida dell'economia sociale di mercato, divenendo la variabile ecologica uno strumento di armonizzazione del principio della tutela della concorrenza e del divieto di aiuti di stato con l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, al quale "dovrebbe" essere informato il mercato unico europeo.

L'ipotesi è che proprio su questo versante sia possibile realizzare un connubio virtuoso tra due politiche, industriale e di concorrenza, a lungo contrapposte⁸⁰.

Lo snodo consiste infatti nella possibilità di rinvenire nell'esigenza di rendere sostenibile il rapporto tra produzione industriale e tutela dell'ecosistema l'elemento con cui offrire legittimazione a un sostegno pubblico ecologicamente conformato. L'inverdimento dell'economia, in buona sostanza, dovrebbe divenire un meccanismo di incentivo per indurre le imprese, altrimenti svantaggiate, ad allineare la propria attività con la transizione ecologica⁸¹.

Il modello da seguire potrebbe essere rappresentato, in particolare, da quella che è stata efficacemente definita una politica-pilota nel processo di integrazione europea: la politica agricola⁸².

A venire in rilievo sono segnatamente le modalità con cui è stato costruito il supporto europeo alla crescita del settore agricolo⁸³, mettendo cioè a disposizione delle imprese misure per agevolare le azioni e gli investimenti volti a declinare lo sviluppo rurale secondo gli orientamenti politici comunitari⁸⁴. Si tratta di un contesto nel quale,

⁷⁸ Si veda in tal senso Comunicazione, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, del 10 marzo 2020, COM(2020) 102 final.

⁷⁹ La base giuridica della politica industriale dell'Unione europea è costituita dall'art. 173 TFUE. Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma: *il rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2021.

⁸⁰ Cfr. A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2020, pp. 152-153, il quale, con riferimento alla concorrenza e al ritorno della politica industriale, sviluppa una riflessione basandosi sul principio di precauzione «che oggi consiglierebbe di riallocare risorse verso il sistema sanitario, verso uno sviluppo sostenibile e le energie pulite, verso l'istruzione e la digitalizzazione dei settori più maturi dell'economia e verso più adeguate misure di protezione sociale». Sul tema della virtuosa associazione della politica industriale alla politica di concorrenza nell'ambito delle catene del valore, si veda M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma: *il rinnovato "intervento" dello Stato nell'economia*, cit.

⁸¹ Cfr. E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, cit., pp. 201 e ss.

⁸² S. MASINI, *Greening e adempimento degli obblighi di condizionalità ambientale da parte delle imprese*, in *Riv. dir. agr.*, fasc. 1, 2020, pp. 140-166.

⁸³ Cfr. L. TORCHIA, *Politica industriale e regolazione*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2015, p. 2, in cui si osserva che il settore agricolo è quello rispetto al quale esiste una specifica politica di intervento europea, basata sugli strumenti tradizionali dell'intervento pubblico (programmazione, quote, incentivi, sussidi, ecc.).

⁸⁴ Cfr. S. LANDINI, *Tensioni e innovazioni nel credito agricolo. Una riflessione giuridica*, in *Dir. agroalim.*, fasc. 3, 2017, p. 517.

tipicamente, si intende perseguire un risultato economico multiforme, mediante il ricorso a contratti di finanziamento, articolati come un credito speciale⁸⁵ di scopo, la cui causa è collegata a specifici obiettivi di pubblico interesse che l'accordo si prefigge di realizzare⁸⁶. Il finanziamento, improntato al conseguimento di propositi meta-finanziari⁸⁷, tra i quali figura la necessità di fornire risposte adeguate alle sfide emergenti, risulta rafforzato nella sua capacità di raggiungere le finalità prefissate dalla presenza di un'obbligazione di destinazione delle somme elargite⁸⁸.

Lo sviluppo industriale europeo potrebbe essere allora orientato in senso ecologico seguendo meccanismi di finalizzazione analoghi a quelli sperimentati per l'attività agricola, contraddistinta da una multifunzionalità, ambientale economica e socio-territoriale, promossa strategicamente dall'Unione europea, attraverso la PAC e i Piani di Sviluppo Rurale nazionali di recepimento⁸⁹.

Si ritiene che possa leggersi nell'ottica di un intervento pubblico atto a promuovere una sinergia virtuosa tra ambiente, industria e mercato, laddove il primo diviene incentivo per i secondi, l'iniziativa del Gruppo di Studio su Economia e Sviluppo sostenibile istituito presso il Ministero della Transizione Ecologica⁹⁰, volta a definire gli indicatori ambientali necessari per selezionare gli investimenti verdi da finanziare in via prioritaria. L'obiettivo è quello di costruire un vero e proprio sistema

⁸⁵ Il credito agrario, disciplinato dall'art. 43 del Tub, si configura come un credito "speciale" di scopo, la cui specialità è legata alle caratteristiche dell'attività produttiva dell'impresa finanziata e alle forme tecniche e garanzie predefinite. Cfr. A. PATUELLI, *Credito agrario, ieri e oggi*, lettura tenuta il 25 gennaio 2010 all'Accademia dei Georgofili, disponibile al link: <http://www.georgofili.net/articoli/credito-agrario-ieri-e-oggi/2584>; V.E. RAGUSA, *Credito agrario e disciplina delle garanzie*, in *Riv. dir. agr.*, fasc. 2, 2005, pp. 215-271.

⁸⁶ Sono molteplici le figure affini, caratterizzate nella loro *ratio* dal ruolo della causa, funzione o destinazione. Si possono citare a titolo di esempio: il credito al consumo, il microcredito solidale, il *project financing* e i patrimoni destinati ad uno specifico affare.

⁸⁷ Apponendo particolari condizioni all'accesso al credito e alle agevolazioni pubbliche si incentivano infatti comportamenti che favoriscono l'interesse generale, non solo il perseguimento della funzione economica individuale. Sul concetto di meta-finanza S. LANDINI, *Tensioni e innovazioni nel credito agricolo. Una riflessione giuridica*, cit., pp. 515 e ss.

⁸⁸ Il riferimento è più precisamente all'istituto del mutuo di scopo, contratto per mezzo del quale una parte appresta all'altra gli strumenti finanziari per realizzare lo scopo, legale o pattizio, originariamente previsto, rispettando i tempi e le modalità prestabilite, con l'obbligo di restituire la somma mutuata provvista dei relativi interessi. In dottrina, cfr. S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma; M. PASSALACQUA, *Finanziamenti agevolati e gestione di fondi pubblici. Commento sub art. 47*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 514 e ss. p. 520. L'A. sottolinea come: «Una volta stipulato il contratto di finanziamento, per ridurre lo scarto tra il fine del finanziamento e la sua realizzazione, le leggi in materia contemplanò dei meccanismi di controllo intesi ad eliminare la possibilità di inadempimento dell'obbligo di destinazione da parte del mutuatario».

⁸⁹ Cfr. A. JANNARELLI, *Agricoltura sostenibile e nuova Pac: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. agr.*, fasc. 1, 2020, pp. 23-42.

⁹⁰ Il Gruppo di Studio, insediato il 30 gennaio 2020, è stato incaricato dall'allora Ministero dell'Ambiente (oggi della Transizione ecologica) di supportare il Comitato per la bioeconomia e la fiscalità sui temi dello sviluppo sostenibile nel quadro dei 17 Obiettivi dell'Agenda delle Nazioni Unite, nonché di elaborare proposte normative in ordine alle più rilevanti questioni economico-ambientali.

di *ranking ambientale*, attraverso il quale vagliare le imprese che chiedono finanziamenti alle banche e i progetti sui quali verranno investite le risorse.

Come testimoniato anche dalla recente adozione di una “tassonomia” europea sugli investimenti verdi⁹¹, il ricorso alle graduatorie di sostenibilità può considerarsi un utile strumento per la realizzazione di logiche di scopo finalizzate al raggiungimento di obiettivi di riconversione ecologica⁹².

Il “diritto «della» crisi” sembra, infine, confermare l’inquadramento promozionale di una politica industriale europea che si innesta nelle politiche economiche dei singoli Stati membri, rilegittimandone l’intervento, per il tramite della sostenibilità. Il *Temporary framework* riguardante le misure di aiuto di Stato nell’emergenza determinata dal Covid-19⁹³ prevede infatti che gli stessi possano intervenire a sostegno delle imprese mediante ricapitalizzazioni, nella misura in cui un simile ausilio (potenzialmente foriero di effetti altamente distorsivi per la concorrenza) permetta di conseguire le finalità politiche dell’Unione relative alla transizione verde e digitale delle economie nazionali, consentendo di realizzare una crescita più sostenibile a lungo termine e di promuovere la trasformazione verso l’obiettivo della neutralità climatica.

Attraverso un siffatto approccio, orientato funzionalmente alla realizzazione di scopi comuni, le politiche di aiuto giocano il ruolo di strumenti non tanto di tutela differenziata delle economie dei singoli Stati membri⁹⁴, quanto di attuazione delle logiche conformative che animano la programmazione pubblica, nell’ambito di quello che abbiamo denominato il “governo dell’economia sostenibile” a guida europea.

4. Verso un nuovo modello istituzionale di intervento pubblico nell’economia?

⁹¹ Si veda il regolamento (Ue) 2020/852 del 18 giugno 2020 relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili, con il quale viene predisposta una tassonomia distinguere gli investimenti a basso impatto ambientale da quelli che rappresentano una potenziale minaccia per il clima.

⁹² Anche la commissione tecnica Uni CT 057 sull’Economia circolare sta lavorando a una *Technical Specification* nazionale volta a proporre una serie di indicatori per misurare la circolarità delle organizzazioni. L’idea è quella di individuare un sistema di *rating* che non ha livelli minimi “di circolarità”, ma rappresenta una valutazione sul livello raggiunto, rispetto a una applicazione massima di indicatori, incrementabile nel tempo.

⁹³ Cfr. Comunicazione *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del Covid-19*, (2020/C 112), del 20 marzo 2020, par. 45 (inserito con la modifica dell’8 maggio 2020). Cfr. M. PASSALACQUA, Numquam nega, raro adfirma: *il rinnovato “intervento” dello Stato nell’economia*, cit.

⁹⁴ Cfr. M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell’impresa pubblica dopo la pandemia*, cit., p. 97.

Secondo la ricostruzione proposta nei paragrafi precedenti, la relazione tra Stato e mercato si presta dunque a essere ridefinita in funzione del più ampio progetto europeo di società sostenibile e resiliente⁹⁵, che sembra prendere forma nell'attuale contesto dominato dalla complessità. Un tale mutamento, a sua volta, produce, in senso adattivo, inevitabili cambiamenti dell'approccio regolatorio, destinato a subire l'influenza della rinnovata centralità acquisita dalla programmazione pubblica. Quest'ultima, in quanto strumento attraverso il quale si esplica l'azione del "governo dell'economia sostenibile", risulta, infatti, idonea a svolgere il ruolo di contenitore ampio, al cui interno è possibile ricondurre la regolazione economica di tipo condizionale, funzionale anch'essa, in una logica di complementarità, al conseguimento delle finalità sistemiche di gestione dei rischi globali.

Cogliendo, alla maniera di Douglass North, la sfida di Polanyi⁹⁶, si potrebbe infatti osservare, sempre in ossequio a una lettura istituzionalista, come proprio la transizione in corso possa essere foriera di un cambiamento istituzionale ben più profondo di quello meramente volto a rappresentare "la risposta alla crisi". In questa fase di trasformazione, si starebbero cioè costruendo le premesse per porre, concretamente, la competitività al servizio dei fini sociali, proprio come previsto dalla riforma avvenuta con il Trattato di Lisbona, frenata nella sua attuazione dall'insorgere della Grande recessione e dalla successiva crisi dei debiti sovrani.

L'origine di una tale significativa svolta sembra risiedere proprio nella decisione di ergere la politica ambientale a cardine della nuova strategia europea della crescita, capace di produrre, in attuazione del principio di integrazione⁹⁷, un "trascinamento" di tutte le altre politiche⁹⁸. L'imposizione, in capo sia alle istituzioni europee sia alle autorità nazionali, dell'obiettivo trasversale della neutralità climatica, reso "vincolante" dalla c.d. "Legge europea sul clima"⁹⁹, nel porre in evidenza lo stretto collegamento dei valori sociali con la materia economica, parrebbe invero aprire a uno scenario nel quale la visione solidaristica potrebbe finalmente trovare una specifica traduzione in disposizioni del diritto positivo, riallineando i principi costituzionali con le fonti europee.

Se effettivamente adottata, la previsione di un obbligo giuridicamente vincolante di azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050 richiederà,

⁹⁵ E. SCOTTI, *Aiuti di stato e ambiente nell'emergenza pandemica*, cit., pp. 201 e ss.

⁹⁶ D.C. NORTH, *Markets and other allocation systems in history: the challenge of Karl Polanyi*, in *Journal of European Economic History*, fasc. 3, 1977, pp. 703-716; C. DIDRY, C. VINCENSINI, *Au-delà de la dichotomie marché-institutions: l'institutionnalisme de Douglass North face au défi de Karl Polanyi*, in *Revue française de socio-économie*, fasc. 1, 2010, pp. 205-224.

⁹⁷ Di cui all'art. 11 TFUE, che insieme agli artt. 191-193 TFUE delinea gli obiettivi della politica dell'Unione in materia ambientale.

⁹⁸ Sul tema si veda A. WEALE, G. PRIDHAM, M. CINI, D. KONSTADAKOPOULOS, M. PORTER, B. FLYNN, *Environmental Governance in Europe: An Ever Closer Ecological Union?*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁹⁹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 (Legge europea sul clima). La proposta è stata presentata a marzo 2020 e modificata a settembre dello stesso anno.

infatti, l'introduzione di idonei strumenti normativi ed economici atti a dare concretezza giuridica alla «logica deontica» insita «prospettiva intergenerazionale», espressa, «in chiave non solo ambientale ma anche sociale», dal principio dello sviluppo sostenibile¹⁰⁰.

Alla luce del quadro descritto, l'intervento pubblico deve pertanto essere capace di normare il mercato riuscendo a ricucire la regolazione pro-competitiva del medesimo con il finalismo proprio della programmazione, superando in questo modo la cesura imposta dall'opposizione tra la (presunta) neutralità della razionalità tecnica¹⁰¹ – che non sceglie i fini ma si limita a sfruttare gli effetti benefici della concorrenza per raggiungere obiettivi di carattere generale¹⁰² – e la discrezionalità della razionalità politica, che invece risulta informata a una precisa gerarchia di valori.

Il concetto di regolazione, come noto, è collegato, in senso giuridico, all'affermazione, nel contesto delle liberalizzazioni economiche, avviate, su impulso comunitario, negli anni '90 del secolo scorso, del c.d. Stato regolatore, che detta regole condizionali, finalizzate a preservare la dinamica concorrenziale dei mercati, mimandone «normativamente» i risultati. Si tratta di regole giuridiche strutturate sul concetto di efficienza economica in senso paretiano, il cui contesto teorico di riferimento è fornito dalla nozione economica di esternalità¹⁰³, che tende a inquadrare le situazioni cui un'azione produce su soggetti terzi effetti (economici) di cui l'agente

¹⁰⁰ Si veda, per l'uso di queste espressioni, E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. econ.*, fasc. 1, 2019, p. 494. Più ampiamente, sull'ambiente come oggetto di un dovere e sulla solidarietà in accezione responsabilizzante collegata allo sviluppo sostenibile, cfr. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010; ID., *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Tratt. dir. amb.*, Vol. I, Padova, Cedam, 2012, p. 571.

¹⁰¹ Sulla presunta neutralità dei contenuti finalistici della regolazione, sia consentito il rinvio a M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Stato che innova e Stato che ristruttura. Prospettive dell'impresa pubblica dopo la pandemia*, cit., p. 105.

¹⁰² P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, cit., pp. 37 e ss.

¹⁰³ Sul tema cfr. R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *the Journal of Law and Economics*, 3, 1960, p. 1 ss., ora ID., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 199 ss. L'efficienza è un concetto che nell'analisi economica del diritto funge da chiave di interpretazione delle regole giuridiche (in quanto posto al centro in senso normativo), venendo enfatizzate le conseguenze economiche di queste ultime. Si veda M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, fasc. 2, 2019, pp. 155-178, il quale, per descrivere la visione generale di questa scuola di pensiero, afferma: «(a) le norme sono strumenti di amministrazione degli incentivi; b) il diritto dovrebbe mimare il mercato, perseguendo la meta dell'efficienza, così come il giurista dovrebbe appellarsi all'economia, perché essa indica come si raggiunge l'efficienza; c) la pressione selettiva che guida l'evoluzione dell'ordinamento, soprattutto nel sistema di *common law* e di diritto privato, di fatto favorisce le soluzioni efficienti». Possiamo distinguere la scuola di Chicago, con il riferimento a Richard Posner, e la scuola di Yale, il cui principale esponente è Guido Calabresi. Quest'ultimo mette in discussione la base individualistica dell'analisi economica del diritto (che applica gli strumenti della microeconomia all'analisi delle regole e delle istituzioni giuridiche) in considerazione degli effetti sociali generati dalle interazioni tra individui. Cfr. G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, New Haven and London, Yale University Press, 2016; K.N. HYLTON, *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*, in *European Journal of Law and Economics*, 2019, pp. 77-88.

non tiene conto¹⁰⁴. In questi casi, le autorità pubbliche sono chiamate a intervenire per affrontare una situazione di fallimento del mercato e non per influire sul merito delle scelte imprenditoriali, conformando le attività produttive in base a determinati obiettivi generali di sistema.

Come emerso nel corso della trattazione, la sostenibilità, divenendo *driver* dello sviluppo e criterio di selezione premiale nel mercato concorrenziale, mette certamente in discussione un tale impianto dicotomico, peraltro già ampiamente contestato in dottrina. Viene, infatti, evidenziato come la "riserva di tecnicismo" di cui godono le Autorità amministrative indipendenti nel porre in essere la loro attività regolatoria, risulti riconosciuta sempre nel rispetto degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse. Si tratta di valori, corrispondenti a specifici interessi pubblici tutelati dall'ordinamento, che peraltro ben «consentono un recupero del ruolo di indirizzo politico (gli "indirizzi di politica generale formulati dal Governo") nella regolazione del mercato di riferimento»¹⁰⁵.

Le funzioni regolative, essendo legate, al pari di ogni altra pubblica funzione, al bilanciamento tra tutela della concorrenza e finalità sociali, avrebbero anch'esse, pertanto, un carattere "ontologicamente" politico¹⁰⁶. Occorre infatti distinguere tale aspetto dalla diversa questione dell'indipendenza delle autorità¹⁰⁷ di regolazione, le quali, nel loro agire, si muovono sempre nell'orizzonte normativo-assiologico dettato dalla Carta costituzionale¹⁰⁸.

Nell'ottica dell'unitarietà del sistema, è possibile allora sottolineare l'imprescindibile compito di controllo rimesso alle amministrazioni indipendenti di matrice europea, garanti, nell'eterno conflitto tra libertà economiche e diritti sociali, di una politicità che deve essere sinonimo di mediazione tra opposte istanze, e non di "cattura" del regolatore (e dunque di fallimento dello Stato).

¹⁰⁴ F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit., p. XLI. L'A. sottolinea la parzialità di una simile visione che tende a ignorare i legami sociali.

¹⁰⁵ S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 2020, pp. 764 e ss. L'autore analizza lo sviluppo della c.d. "banda ultra-larga" come esempio di recupero dell'indirizzo politico su scelte economiche. Sulla vicenda della realizzazione e gestione della banda ultra-larga di comunicazione elettronica in Italia, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Scelte di politica industriale e sociale, regolazione e mercato. Il caso della unificazione delle reti fisse di comunicazione elettronica*, in *Riv. Regolazione dei mercati*, fasc. 1, 2020, pp. 3 e ss.

¹⁰⁶ R. MANFRELLOTTI, *Indirizzo politico, "diritto mite" e autorità amministrative indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1, 2020, pp. 1 e ss. Su questi temi si veda anche E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁰⁷ La questione dell'indipendenza si lega a quella della terzietà, sulla quale la dottrina afferma: «Il riferimento alla terzietà è fonte di equivoco, correttamente svelato dalla Corte costituzionale che, riferendosi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, non solo ha negato la sussistenza di tale requisito, ma l'ha riconosciuta portatrice di un interesse pubblico specifico (la tutela della concorrenza e del mercato), negando quindi una sua posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale», cfr. S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, cit., pp. 764 e ss.

¹⁰⁸ Cfr. R. MANFRELLOTTI, *Indirizzo politico, "diritto mite" e autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 1 e ss.

Sembra quindi potersi ammettere, anche alla luce di queste constatazioni, la possibilità di un nuovo modello istituzionale, nel quale la regolazione economica opera, insieme al governo dell'economia, nella prospettiva della tutela dell'interesse generale rappresentato dalla sostenibilità nelle sue molteplici accezioni.

E, ancora una volta, è l'«erompere del diritto comunitario» la determinante in forza della quale avvengono le innovazioni sul piano giuridico-istituzionale¹⁰⁹. Proprio il diritto europeo promuove, infatti, un intervento pubblico che, secondo lo schema della riarticolazione virtuosa di concorrenzialità e finalismo, sappia insinuare, all'interno delle “regole” che sovrintendono gli scambi, una “razionalità ecologica”, diversa da quella economica in quanto basata su motivazioni non individualistiche, ovvero sulla prevalenza di valori personalistici e solidaristici. Oltre al già menzionato contratto ecologico e al diritto privato regolatorio, si può leggere in tal senso anche il c.d. «diritto alla riparazione dei prodotti»¹¹⁰, strumento fondamentale per contrastare il fenomeno dell'obsolescenza programmata¹¹¹ e riorientare, conformandoli, i processi economici, a favore di una strategia basata sulla diminuzione del consumo e della dismissione di beni e materiali.

In questa cornice, l'ambiente, in conclusione, sembra poter rappresentare il nuovo *ethos* unificante dei processi giuridici ed economici, consentendo il recupero della dimensione normativa dei valori e forse anche il superamento di quello che la dottrina definisce «un contesto di diffuso nichilismo giuridico»¹¹².

¹⁰⁹ Cfr. S. AMOROSINO, *Profili pubblicistici delle normative di riforma delle banche cooperative*, in ID., *Le trasformazioni delle banche. Riforme Crisi Tutele*, Pisa, Pacini Giuridica, 2018, pp. 31 e ss.

¹¹⁰ Si vedano i dieci regolamenti di attuazione sull'*ecodesign* adottati dalla Commissione europea nell'ottobre 2019, che prevedono per la prima volta specifici requisiti di riparabilità e riciclabilità finalizzati ad allungare la vita dei prodotti, facilitandone manutenzione e riutilizzo.

¹¹¹ Sul concetto di obsolescenza pianificata e sui provvedimenti sanzionatori dell'AGCM nei confronti delle società del gruppo Apple e Samsung, sanzionate col massimo edittale, nel 2018, per aver violato gli artt. 20, 21, 22 e 24 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ovvero per aver posto in essere condotte qualificabili come pratiche commerciali scorrette, cfr. G. D'IPPOLITO, A. RE, *Obsolescenza programmata. L'Agcm [Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato] sanziona Apple e Samsung*, in *Rivista di diritto dei media*, fasc. 1, 2019, pp. 325-334, disponibile al link: <http://www.medialaws.eu/obsolescenza-programmata-lagcm-sanziona-apple-e-samsung/>; A. GIANNACCARI, *Apple, obsolescenza tecnologica (programmata) e diritti dei consumatori*, in *Mercato conc. reg.*, fasc. 1, 2019, pp. 149-156.

¹¹² E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit., p. 526.